

AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Gerson de Barros Calatróia**

RESUMO

O presente trabalho trata das garantias fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. Indica os conceitos básicos de direitos e garantias fundamentais e estabelece a diferença entre os dois, para que o leitor possa ter a visão clara do tema. A seguir, aborda as garantias fundamentais na Constituição de 1988, trazendo um pequeno descritivo, demonstrando o objeto, a natureza jurídica e o procedimento de cada instituto, a fim de distinguir tecnicamente cada um deles e assim não existir confusão quanto à sua correta utilização.

Palavras-chaves: Garantias fundamentais, Constituição de 1988, princípios

ABSTRACT

This work deals with the fundamental guarantees in the Brazilian Constitution of 1988. It indicates the basic concepts of rights and guarantees and establishes the difference between the same, so that the reader may have a clear vision of the theme. Then, addressing the fundamental guarantees in the Constitution of 1988, bringing a small descriptive, showing the object, and the legal procedure of each institute in order to distinguish

* Advogado. Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas.

each of them technically, so there is no confusion about their correct use.

Keywords: Fundamental guarantees, the 1988 Constitution, principles

INTRODUÇÃO

Normalmente, o tema das garantias fundamentais não é abordado adequadamente nos livros de Direito Constitucional, uma vez que a extensão das matérias a ser estudadas faz com que passe quase despercebido pelos estudantes de Direito. Tal abordagem impede que os operadores jurídicos saibam quais e em que situações podem se utilizar desses importantes institutos.

Sentimos, por isso, a necessidade de isolar o tema e apontar de forma simples quais são e como devem ser utilizadas essas garantias, descrevendo conceitos, objetos e procedimentos dos institutos. Desse modo o leitor conseguirá entender a importância de cada Instituto, tendo visão mais centrada do tema.

Não há direito sem que exista lei para ampará-lo. Mas de nada adianta ter o amparo da lei se não sabemos como utilizá-la. É preciso conhecer suas particularidades para, então, fazer o uso correto e efetivo.

1 – GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1 – Noções gerais

Inicialmente é importante conhecer exatamente o significado da expressão “direitos e garantias fundamentais”, pois somente assim poderemos entender sua importância e a diferença entre as duas palavras para apresentar o presente trabalho sem equívocos quanto ao tema central.

Alexandre de Moraes (2004), citando Rui Barbosa, distingue direitos e garantias fundamentais no Direito brasileiro, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as assecuratórias, que, em defesa dos direitos, limitam o poder.

Aquelas instituem os direitos, estas, as garantias, ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.

Direitos e garantias fundamentais pertencem à categoria ampla dos direitos individuais. A diferença está na circunstância de que as garantias não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo, especialmente fortes e rápidos para garantir os direitos individuais. Paulo Bonavides (2004, p. 528) menciona a lição de Rui Barbosa e Littré na distinção de direitos e garantias:

A confusão, que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito “é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos”. Garantia ou segurança de um direito é o requisito de legalidade que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.

O primeiro instrumento que efetivamente estabeleceu garantias foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia¹ de 12/1/1776, firmada antes da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Necessário, ainda, citar que, no século XVIII, as Revoluções Americana e Francesa foram instrumentos fundamentais da luta política da burguesia contra o Estado absolutista, centralizador e herdeiro de resquícios do feudalismo. Os referidos movimentos conclamaram a demo-

¹ O texto original foi de autoria de George Naron. Os dois primeiros parágrafos da Declaração da Virgínia expressam com clareza os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de “direitos inatos” de toda a pessoa humana e o princípio de que todo poder emana do povo. Firma também os princípios da igualdade de todos perante a lei (rejeitando os privilégios e a hereditariedade dos cargos públicos) e da liberdade. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/Doc_historic.html. Acesso em: 17 mar. 2008.

cracia, a educação, a liberdade, a igualdade e a fraternidade (CRETELLA JÚNIOR, 1995).

Com o passar do tempo, sentiu-se a necessidade de se positivarem nas constituições modernas mecanismos práticos para a concretização desses direitos, juntamente com a evolução e a consolidação de suas garantias: *habeas corpus*, mandado de segurança, e, mais recentemente, mandado de injunção, *habeas data*, além de outros que foram criados para dar efetividade e eficiência a essas garantias.

Este trabalho tem como objetivo estudar as garantias fundamentais na Constituição de 1988, apontando quais são e como são abordadas pelo referido texto legal. Elegemos algumas garantias por sua importância histórica e sua originalidade na última Lei Magna. Portanto, serão estudados *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, individual e coletivo, mandado de injunção e a ação civil pública.

1.2 – Garantias fundamentais na Constituição de 1988

De nada valeriam os direitos individuais se não fossem acompanhados de ações judiciais que lhes dessem eficácia compatível com a própria importância dos direitos assegurados. Assim é que essas garantias, como se denominam essas ações, têm surgido paralelamente com a aparição dos próprios direitos fundamentais. Tal se deu com o direito de liberdade, confundido com o próprio instrumento que o assegura, o *habeas corpus*, que data da Carta Magna. (BASTOS, 2002).

Com o passar dos anos a complexidade da ordem jurídica aumenta, e assim é necessário agregarem-se novos instrumentos de garantia aos direitos. Destaca-se nesse contexto o mandado de segurança, instrumento adequado para atacar o ato público lesivo de direito líquido e certo. Exemplos da criação de novos instrumentos encontramos na Constituição de 1988, que inovou, introduzindo modelos recém-criados no direito estrangeiro, como o *habeas data*, ou até mesmo criando um originário do direito brasileiro, que é o mandado de injunção (BASTOS, 2002).

O perfil constitucional dessas ações não impede que sejam considerados direitos – de ordem processual –, uma vez que permitem ingressar em juízo para obter uma medida judicial com força específica ou celeridade não encontrada nas ações ordinárias. São, pois, desses direitos que passaremos a examinar o respectivo perfil constitucional (BASTOS, 2002).

2 – *HABEAS CORPUS*

Dispõe o artigo 5º, LXVIII, da Constituição de 1988:

conceder-se-á ‘habeas-corpus’ sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Na concepção de Uadi Lammêgo Bulos (2007), violência constitui o uso da força física que contraria ou domina o exercício regular de um direito. Já a coação é o constrangimento, direto ou indireto, à liberdade de ir, vir ou ficar. Quanto à ilegalidade, ensina ainda que ilegal é o ato comissivo ou omissivo contrário ao direito. O abuso de poder, por sua vez, consiste na prática de atos autoritários, imoderados, desproporcionais, arbitrários, violentos, desviados do seu fim.

O entendimento do *habeas corpus* na Constituição de 1988 pressupõe o do direito fundamental de locomoção, previsto no artigo 5º, XV:

É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz. Tanto os brasileiros natos ou naturalizados como os estrangeiros, residentes ou não no Brasil, podem, observadas as exigências legais, entrar, permanecer ou sair com seus bens, sem qualquer cerceamento.

Segundo Bulos (2007), locomover significa andar, sair, passear, transitar, parar, ir, vir, ficar, estacionar, correr. Numa acepção ampla, é o mesmo que circular. O entendimento seguinte é que o Poder Público não poderá cercear o livre trânsito

to, salvo em hipóteses excepcionais, ou seja, em casos onde seja necessária a interrupção de fluxo de pessoas, por exemplo.

Pela simples leitura do inciso, percebe-se que sua principal finalidade consiste em fazer cessar um constrangimento ilegal, ou sua ameaça, à liberdade de locomoção de alguém. Quando falamos em constrangimento ilegal, diz-se liberatório. Quando é destinado a impedir que a violência ou coação se efetive, é denominado preventivo (BARROSO, 2002). Qualquer pessoa, física ou jurídica, pode impetrar *habeas corpus*², bem como o Ministério Público, que é órgão do Estado essencial à sua função jurisdicional, sempre em favor logicamente de pessoa física, única capaz de ver tolhida sua liberdade de locomoção. Quem pede a tutela jurisdicional, em benefício próprio ou de outrem, denomina-se impetrante. Já o impetrado é aquele em face de quem se demanda a tutela, o que exerce a coação ilegal. Quem por esta é atingido diz-se paciente.

Os atos do impetrado, segundo Bastos (2002), devem ser de autoridade do Estado, pois quando pessoas privadas constroem outrem ou mesmo detêm em recinto fechado, estão incursas em uma modalidade criminosa, ou seja, cárcere privado (artigo 148, do Código Penal), cabendo à polícia fazer cessar imediatamente a coação por ele praticada, até mesmo com a prisão em flagrante.

A natureza jurídica do *habeas corpus*, segundo Bulos (2007), é de ação penal popular, de berço constitucional e procedimento sumário, podendo também assumir o posto de ação cautelar, declaratória ou constitutiva pelo Código de Processo Penal (CPP), artigo 648, I a V, ou ainda ser ação rescisória constitutiva negativa pelo Código de Processo Penal, artigo 648, VI e VII.

Com relação ao procedimento para o pedido, se comprovado o constrangimento à liberdade de locomoção, o impetrante seguirá as normas do artigo 654, § 1º e alíneas, do

² Com relação à pessoa jurídica, obviamente terá de requerer em benefício de pessoa física, porque só esta pode beneficiar-se da ordem (Celso Ribeiro Bastos, 2002, p. 398).

Código de Processo Penal, podendo ainda a autoridade judiciária, na hipótese do § 2º, conceder a ordem de ofício, expedindo cópia da decisão à autoridade coatora, nos termos do artigo 660, § 5º, do Código de Processo Penal, a fim de que cesse imediatamente a coação (CPP, artigo 660, § 1º).

Ordenada a soltura do paciente, serão remetidas ao Ministério Público cópias das peças necessárias, a fim de ser promovida a responsabilidade da autoridade (CPP, artigo 653). Desobedecida a ordem liberatória, poderá restar configurado, conforme o caso, o crime de desobediência (CP, artigo 330) ou de prevaricação (CP, artigo 319) (op. cit., p. 186).

Por fim, a Constituição de 1988 traz a previsão de que quando o País se encontrar em estado de defesa (CF, artigo 136) ou estado de sítio (CF, artigo 139), o âmbito de incidência do *habeas corpus* poderá ser diminuído, porém jamais suprimido.

3 – MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

Dispõe o artigo 5º, LXIX, da Constituição:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Assim, apenas o próprio titular do direito pode impetrá-lo, pois só ele tem legitimidade para tanto. É oponível contra qualquer autoridade pública ou contra agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, com o objetivo de corrigir ato ou omissão ilegal ou decorrente de abuso de poder (SILVA, 2005).

Quanto à definição de direito líquido e certo, José Afonso da Silva (SILVA, 2005, p. 447), traz a lição de Hely Lopes Meireles:

[...] é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da

impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por Mandado de Segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais [...], direito, quando existente, é sempre líquido e certo; os fatos é que podem ser imprecisos e incertos, exigindo comprovação e esclarecimentos para propiciar a aplicação do direito invocado pelo postulante.

Por não comportar instrução probatória, no mandado de segurança todas as provas tendentes a demonstrar a liquidez e a certeza do direito devem ser apresentadas com a inicial. A sua não-comprovação configura a carência da ação, situação em que deve ser denegado, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito, sem a possibilidade de conceder a segurança (op. cit., p. 406).

Trata-se, segundo Barroso (2002), de uma ação civil de rito sumário, e seu campo de incidência se estabelece por um critério subsidiário, residual àquelas duas outras ações constitucionais.

Como dissemos, pode referida garantia atacar quaisquer atos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público praticados ilegalmente ou com abuso de poder. Quanto às suas espécies, para qualquer conduta positiva ou omissiva das referidas autoridades que viole direito líquido e certo de alguém, e esta já esteja consumada, diz-se que o mandado de segurança é repressivo. Quando não tenha ainda ocorrido lesão ao direito, e se tenha justo receio de sofrê-la, diz-se que o mandado é preventivo.

Seus sujeitos são o impetrante, titular do direito violado, e a autoridade ou pessoa jurídica que esteja no exercício de atribuições do Poder Público da qual emanou o ato, que é o impetrado. Além disso, o Ministério Público sempre atuará como parte pública autônoma, incumbida de velar pela correta

aplicação da lei e pela regularidade do processo.

Podem, ainda, figurar como impetrantes, órgãos públicos despersonalizados dotados de capacidade processual, como as Chefias dos Executivos, as Presidências das Mesas dos Legislativos, os Fundos Financeiros, as Comissões Autônomas, as Superintendências de Serviços e demais órgãos da Administração centralizada ou descentralizada que tenham prerrogativas próprias ou direitos a defender (op. cit., p. 194).

Segundo Bulos (2007), podem praticar ato comissivo ou omissivo a autoridade pública, que é a titular do poder decisório, ou a pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público quando: inexistir balizamento legal para sua consecução; contrariar lei expressa, regulamento ou princípios constitucionais positivos; usurpar ou invadir funções; calcar-se em desvios de competência, forma, objeto, motivo e finalidade; e manter-se em desconformidade com norma legal ou em conformidade com norma ilegal ou inconstitucional.

Para Barroso (2002), essa ação tende à emissão de uma sentença, pertencendo à categoria do processo de conhecimento. Porém, quando se passa às subdivisões, começam a surgir controvérsias e dúvidas, pois para a maioria da doutrina a ação pode ser considerada como declaratória, constitutiva ou condenatória, de acordo com o teor do pedido. Se o impetrante visa apenas a pleitear ao juiz a declaração da nulidade de um ato do Poder Público, a ação será puramente declaratória. Ao contrário, se a pretensão consiste em ver anulado um ato desse gênero e, portanto, modificada a relação jurídica que se criou com a sua edição, a ação terá natureza constitutiva. Finalmente, se o que se deseja é a imposição de alguma prestação, algum comportamento comissivo ou omissivo à autoridade, então estaremos diante de hipótese de ação condenatória.

O prazo para interposição da medida é de 120 dias, a contar do momento em que o interessado toma ciência da decisão a ser impugnada, que tem sido considerado a data de publicação da decisão em Diário Oficial nos exatos termos do artigo 18, da Lei nº 1.533/51. Tal prazo é decadencial, e não

se interrompe nem se suspende. Ao contrário do que se verifica com o *habeas corpus*, no mandado de segurança é necessário o recolhimento de emolumentos processuais, ficando vedada, contudo, a condenação em honorários advocatícios, nos termos da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal (MIRANDA, 2005).

É possível a concessão de medida liminar quando o fundamento da demanda for relevante, e, ao mesmo tempo, em razão do ato impugnado, puder resultar a ineficácia da medida pleiteada. Caso venha a ser concedida ao final do processo, o juiz, ao despachar a petição inicial, ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido (Lei nº 1.533/51, artigo 7º, II). Para concessão, devem estar presentes os requisitos *fumus boni juris* e *periculum in mora* (op. cit., p. 197).

A Lei nº 1.533/51, nos artigos 6º a 19, traz o procedimento a ser adotado. A petição inicial deve preencher os requisitos previstos no artigo 282 do Código de Processo Civil (CPC). Deve ser apresentada em duas vias e os documentos que instruem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda. Dentro do prazo de dez dias, o impetrante requererá a citação do impetrado para prestar as informações que repute importantes. Ao concluir, formulará o pedido. Será lícito requerer o deferimento da liminar, que desempenha a função de suspender

o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida (Lei 1.533/51, artigo 7º, II) (op. cit., p. 584).

4 – MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Dispõe o artigo 5º, LXX da Constituição:

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Esse mandado guarda muita semelhança com o individual, já analisado. Isso significa que valem para esse instrumento processual as considerações que traçamos acerca das espécies, situações que autorizam a medida, direito líquido e certo, medida liminar, prazos, custas, concessão de liminar (op. cit., p. 284).

Para Barroso (2002), na verdade não se está diante de um instituto totalmente novo, já que a Constituição só ampliou o elenco dos legitimados à propositura do mandado de segurança tradicional. Em vez de se exigir que cada sujeito, isoladamente ou em litisconsórcio, atue na defesa de direitos próprios, concebeu-se a solução inteligente e prática de permitir que a entidade que os aglutina, mediante um só writ, obtenha a tutela do direito de todos. Facilita-se, assim, o acesso à Justiça e se permite que pessoas coletivas, por vezes mais aparelhadas e menos sujeitas a retaliações, patrocinem os interesses de seus membros. Além disso, evita-se, ainda, a multiplicidade de demandas idênticas e suprime-se a possibilidade de decisões logicamente conflitantes.

O mandado de segurança coletivo difere do individual, principalmente em relação à legitimidade das partes e na afronta a direito coletivo: partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. A todas essas entidades a Lei Maior faculta a impetração da medida para a defesa dos direitos coletivos da categoria que representam.

Entende-se por direito coletivo aquele que afeta todo um agrupamento de pessoas, unificadas por uma situação fática assemelhada, assim como definidas por um traço jurídico que permite apartá-las e isolá-las como grupo. É, enfim, o interesse global de uma categoria (BASTOS, 2002).

5 – MANDADO DE INJUNÇÃO

Dispõe a Constituição, no artigo 5º, LXXI:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Ele tem aplicação em relação às normas constitucionais de eficácia limitada³. Todavia, não será qualquer dessas normas passível de mandado de injunção: não será cabível a impetração dessa ação em face de normas constitucionais de eficácia plena⁴ ou contida⁵, ou visando à alteração de norma jurídica preexistente sob o pretexto de conferir-lhe maior harmonia com o Texto Constitucional (MIRANDA, 2005).

Tal instituto, segundo Bastos (2002), pode ser utilizado por qualquer pessoa que se sinta impedida de exercer um direito constitucional assegurado por falta de norma regulamentadora que viabilize o exercício desse direito. Como pressuposto, é necessária a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato pela Constituição que dependa de norma regulamentadora. Quanto à legitimação passiva, Miranda (2005) ensina que deverá ser impetrado em face de quem possui o dever legal de criar provimentos normativos.

Normalmente será uma pessoa estatal pois, comumente, esses deveres são a ela atribuídos. Adverte-se que nada impede seu ajuizamento em face de pessoas físicas, como o presidente da República, nas hipóteses de omissão no encaminha-

³ Henrique Savonitti Miranda, citando José Afonso da Silva: “Normas constitucionais de eficácia limitada, nas lições de José Afonso da Silva, são as que não se encontram aptas a produzirem plenos efeitos enquanto não for elaborada legislação integradora” (2005, p. 96).

⁴ “As normas constitucionais de eficácia plena são as de aplicabilidade imediata. Uma vez promulgado o Texto Constitucional, [essas normas] encontram-se aptas a desencadear imediata, plena e integralmente os efeitos que justificaram sua edição” (MIRANDA, 2005, p. 95).

⁵ De acordo com Jorge Miranda “Normas constitucionais de eficácia contida, por seu turno, são aquelas que, apesar de terem aplicabilidade plena e imediata, poderão sofrer restrições pelo legislador infraconstitucional, por intermédio da edição de leis ordinárias ou complementares.” (MIRANDA, 2005, p. 95).

mento de projetos de lei de sua iniciativa privativa, conforme disposição do parágrafo 1º do artigo 61 combinado com a alínea “q” do inciso “i” do artigo 102 da Constituição Federal.

Sua natureza jurídica, segundo Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 624), é de garantia constitucional fundamental, concluindo que:

a) não lhe é compatível interpretação restritiva; b) ele tem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF); c) não pode ser restringido ou suprimido do texto constitucional (art. 60, § 4º, I, da CF); d) possui prioridade na tramitação; e) possui eficácia potencializada, não obstante essa sua dimensão não esteja sendo devidamente fixada pelos Tribunais Superiores, especialmente pelo STF.

A competência para julgamento dependerá, exclusivamente, das regras fixadas constitucionalmente para apreciação em relação à matéria, ou seja, será do Supremo Tribunal Federal (STF), quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República; do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio STF, nos termos da alínea “q” do inciso I do artigo 102.

O STF deverá julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, conforme determina a alínea “a” do inciso II do artigo 102; do Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, conforme dicção da alínea “h” do inciso I do artigo 105; do Tribunal Superior Eleitoral, em grau de recurso, quando os Tribunais Regionais Eleitorais o denegarem, conforme prescreve o § 4º, do inciso V do artigo 121.

Finalmente, será do órgão que os Estados-membros e o Distrito Federal designarem em suas Constituições Estaduais e Lei Orgânica, para o julgamento dos mandados de injunção impetrados em virtude de omissão do Poder Público estadual ou distrital em face de normas constitucionais estaduais ou orgânicas distrital, nos termos em que dispõe o § 1º. do artigo 125 (MIRANDA, 2005).

Almeida (2007), citando Nelson Nery Júnior, ensina que, em razão da natureza de garantia constitucional fundamental e do caráter mandamental do mandado de injunção, o procedimento deverá ser o do mandado de segurança. Concluindo, informa que o artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 8.038/90, bem como o artigo 216 do Regimento Interno do STJ, expressamente mandam aplicar o CPC e a Lei nº 1.533/51 ao mandado de injunção, até que surja a respectiva norma regulamentadora.

Segundo o mesmo autor, a falta de norma regulamentadora específica do procedimento não é motivo para o descabimento ou interpretação restritiva em torno do mandado de injunção, por ser um remédio constitucional fundamental e porque o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

6 – MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

Silva (2005) ensina que o instituto pode ser utilizado como instrumento coletivo, o do qual podem apropriar-se sindicatos, na luta por defender as categorias de trabalhadores, quando a falta de norma regulamentadora inviabilize o exercício de algum direito. Atualmente, o STF tem reconhecido o instituto, entendendo por sua admissibilidade.⁶ Deve seguir o procedimento do mandado de injunção individual.

7 – HABEAS DATA

Dispõe o artigo 5º, LXXII, da *Constituição*:

⁶ Como exemplo podemos citar os Min. 20-DF, 73-DF, 342-SP e 361 -RJ.

Conceder-se-á “habeas-data”: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Quanto a sua natureza jurídica, Bulos (2007) aponta que o *habeas data* possui natureza mista ou ambivalente. Ao mesmo tempo em que apresenta a face de uma autêntica ação mandamental, pois concede ao impetrante o direito líquido e certo de obter informações, tem também natureza constitutiva, pois possibilita a retificação de dados. Em decorrência da sua natureza jurídica, o *habeas data* qualifica-se como ação constitucional, de conteúdo cível e rito sumário, destinada a defender⁷: o direito de obter informações relativas ao impetrante, inseridas em repartições públicas ou privadas; o direito de reconhecer os responsáveis pelos registros armazenados; o direito de contestar dados inverídicos e eliminá-los, tomando as providências judiciais cabíveis; o direito de atualizar os dados ultrapassados.

Portanto, o objeto do *habeas data* é preservar os direitos à intimidade, à vida privada e à honra dos indivíduos, na medida em que assegura a possibilidade de obtenção de informações pessoais do impetrante, constantes de banco de dados de entidades estatais ou de caráter público, para que, caso necessário, sejam providenciadas a retificação, a exclusão ou a complementação desses registros. As entidades governamen-

⁷ “O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu triplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros existentes; (b) direito de retificação dos registros errôneos; e (c) direito de complementação dos registros insuficientes ou incompletos. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, que representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem” (STF, HD 75/DF, Rei. Min. Celso de Mello, DJU de 19/10/2006).

tais compreendem a Administração Direta e Indireta (autarquias, fundações instituídas pelo Poder Público, sociedades de economia mista e empresas públicas); as de caráter público são as instituições e pessoas físicas ou jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público ou de interesse público, na qualidade de concessionárias ou permissionárias. (BASTOS, 2002).

A Lei nº 9.507/97 disciplina o direito de acesso a informações e o rito processual do *habeas data*, entre os artigos 8º e 19. Tal rito pressupõe uma fase administrativa prévia, que começa com o requerimento do interessado apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e que será deferido ou indeferido no prazo de 48 horas e comunicada a decisão ao requerente em 24 horas. Se deferido o requerimento, o depositário do registro ou banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações.

Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação, que deverá ser feita, no máximo, em dez dias. Indeferido o pedido de acesso às informações, ou verificado o transcurso do prazo de dez dias sem decisão, ou recusada a retificação pleiteada ou o decurso de mais de 15 sem decisão, ou ainda recusadas as anotações de explicação ou contestação apresentadas pelo requerente, então, sim, poderá ele recorrer ao Poder Judiciário, mediante petição na forma dos artigos 282 a 285 do Código de Processo Civil, pleiteando a concessão do *habeas data*, que lhe assegure o acesso às informações, as retificações solicitadas, bem como as anotações pleiteadas.

O processo do *habeas data* pode desenvolver-se em duas fases, pois é duplo seu objeto, ou seja, assegurar o conhecimento de informações e ensejar sua retificação. Na primeira, o juiz, de plano, manda notificar o impetrado para apresentar os dados do impetrante, constantes de seu registro, no prazo que estipule; juntados os dados, o impetrante terá ciência deles, devendo manifestar-se em prazo determinado. Se nada

houver para retificar, arquivará o processo. Se alguma retificação tiver que ser feita, deverá indicar quais são, fundamentadamente, mediante aditamento à inicial e, então, o juiz determinará a citação do impetrado para a contestação, se quiser, prosseguindo-se nos termos do contraditório (SILVA, 2005). Apenas o próprio interessado, pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, poderá interpor a medida, pois tem como objetivo assegurar o acesso a informações relativas à pessoa do impetrante.

O *habeas data* tem por objeto a obtenção de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público. São os legitimados passivos, as entidades governamentais que possuem esse tipo de informação: o extinto Departamento de Ordem Política e Social (DOPS), o Serviço Nacional de Informação (SNI) e as Secretarias de Recursos Humanos das administrações públicas, entre outras. Como exemplo de entidades privadas de caráter público, podemos lembrar os serviços de proteção ao crédito e o Serasa. A Constituição Federal traz um rol exemplificativo de algumas autoridades que podem ser sujeitos passivos do instituto nos artigos 102, I, “d”; 105, I, “b” (MIRANDA, 2005).

O *habeas data* é medida gratuita, em razão da relevância do bem jurídico por ele tutelado, expressa previsão do artigo 5º, LXXVII, da Constituição Federal.

8 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) menciona que a ação poderá ser proposta para tutelar danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular, e à ordem urbanística (MIRANDA, 2005).

Na Constituição de 1988, a Ação Civil Pública não foi tratada, como as demais ações constitucionais, no artigo 5º,

dedicado às garantias dos direitos; ao contrário, mereceu referência apenas no capítulo e seção dedicados ao Ministério Público, no artigo 129. Assim, é passível de tutela por esse remédio constitucional qualquer direito difuso ou coletivo, destacando-se o patrimônio público e social e o meio ambiente, além dos já citados pela Lei 7.347/85 (BARROSO, 2002).

Como já dissemos, outros dispositivos legais preveem a utilização da Ação Civil Pública, em face do rol não exaustivo da Constituição Federal compreendido na ideia de outros interesses difusos e coletivos. São eles: Constituição Federal, artigo 232, da proteção das comunidades indígenas; a Lei 6.938/81, artigo 14, § 1º, que menciona a ação para a reparação do dano ecológico; a Lei 7.853/89, artigo 39, na tutela do direito de pessoas portadoras de deficiência; a Lei 7.913/89, artigo 19, que protege os investidores no mercado imobiliário; a Lei 8.069/90, artigo 210, I, que tutela os direitos das crianças e adolescentes; a Lei 8.078/90, artigo 82, I, que protege o direito dos consumidores; a Lei 8.429/92, artigo 17, que prevê sua propositura em face de ato de improbidade administrativa; a Lei 8.625/93, artigo 25, VIII, para responsabilização dos agentes condenados pelos Tribunais de Contas; e a Lei 8.974/95, § 6º do artigo 13, que prevê sua interposição nas hipóteses de violação a lei de engenharia genética (MIRANDA, 2005).

O Ministério Público é o único incondicionalmente legitimado para propor a Ação Civil Pública, uma vez que as demais pessoas devem demonstrar legítimo interesse para agir, não podendo ir além daqueles descritos na lei. E, em se tratando de associações comunitárias, o direito de ação fica condicionado, ainda, a mais dois requisitos: a) que a associação esteja devidamente constituída e personificada há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; e b) que inclua a proteção e a preservação dos interesses difusos no campo de seus objetivos institucionais (BASTOS, 2002).

Também possuem legitimidade para propor a Ação Civil Pública, demonstrado legítimo interesse, nos termos do artigo 5º da Lei 7.347/85, a União, os Estados, os Municípios,

autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, bem como as associações civis constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O Ministério Público, se não atuar como parte, o fará como fiscal da lei nos termos do artigo 5º, § 1º, e em caso de desistência do autor deve nela prosseguir, nos termos do § 3º do mesmo artigo.

O legitimado passivo, segundo Miranda (2005), poderá ser a Administração Pública Direta ou Indireta, ou qualquer particular, pessoa física ou jurídica, que esteja praticando ato lesivo aos bens tutelados pela medida. Como objeto da Ação Civil Pública, têm-se os valores elencados na Lei 7.347/85, que foi alargada pelo artigo 129, III, da Constituição Federal, que determina “[...] para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BASTOS, 2002), além daqueles previstos nas leis infraconstitucionais, já citados neste capítulo.

Houve, também, ampliação do objeto da Ação Civil Pública, com o advento da Lei 8.625/93, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público que, no artigo 25, IV, b, dispôs ser essa ação o instrumento idôneo à anulação ou à declaração de nulidade de atos lesivos à moralidade administrativa relativamente aos entes que menciona (BARROSO, 2002).

Quanto ao aspecto jurídico da Ação Civil Pública, Bastos (2002), citando definição extraída de artigo publicado por Álvaro Luiz Valery Mirra, essa garantia tem natureza específica: não é direito subjetivo, mas atribuído a órgãos públicos e privados constitucionalmente, autorizados para o exercício da tutela do interesse público. Já Almeida (2007) entende que tem natureza jurídica de garantia constitucional fundamental, uma vez que está inserida na Constituição Federal, complementando que é uma garantia constitucional processual específica, pois as gerais seriam os princípios.

Destaca-se o importante papel do inquérito civil, que é o instrumento para viabilizar as ações civis públicas, instaurado exclusivamente pelo Ministério Público nos termos do artigo 8º, parágrafo 1º da Lei 7.347/85, que recolherá elementos de convicção para a propositura da Ação Civil Pública. Para tanto, ele está autorizado a promover diligências, requisitar informações, documentos, exames, perícias, expedir notificações, tomar depoimentos, etc. (BARROSO, 2002).

Com relação às custas, dispõe o artigo 18, da Lei 7.347/85 :

Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”. O dispositivo busca não intimidar aqueles que, em defesa da coisa pública, se dispõem em seu nome a intentar essa medida judicial.

CONCLUSÃO

Não basta estar cristalizada, nos textos constitucionais, a vontade da sociedade. Para que ela seja respeitada, é preciso que exista o exercício efetivo dessas conquistas, que somente será conseguido pelo respeito e a correta aplicação desses direitos alcançados. Se isso não ocorrer, a Constituição será um depósito de boas intenções.

Aprendemos que o conhecimento detalhado das garantias fundamentais é de extrema importância para que sua utilização tenha a desejada eficácia e o pretendido efeito. Seu conhecimento afasta equívocos e situações indesejáveis, dá ao operador jurídico mais segurança e maior poder de argumentação na defesa de seus clientes, situa-o, fazendo com que ressalte sua importância e afastando tentativas duvidosas de não vê-las cumpridas, por quem quer que seja.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

REVISTA DO CURSO DE DIREITO

- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MIRANDA, Henrique Savottini. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, Habeas Data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras: 1988**. 5. ed. Senado Federal: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2005.
- STF, RF, 34:505, 22:306, 35:213, 36:192 e 45:183.
- STF - MI ne 164-2-SP, DJ, 24 out. 1989, p. 16.230-2.
- Min. 20-DF, 73-DF, 342-SP e 361 -RJ.
- STF, HD 75/DF, Rei. Min. Celso de Mello, DOU de 19/10/2006.
- STF, AO 506-QO, Rei. Min. Sydney Sanches, DJ de 4/12/1998.